

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

Vérification des pouvoirs du représentant d'une personne morale – Conformité des pouvoirs du représentant aux dispositions légales et statutaires – Devoir de vigilance du banquier – Détournement de fonds – Faute de la banque

Cass com. 27 mai 2008, n° 07-15.132, mutuelle L'Entraide Maladie c/Caisse régionale de Crédit Agricole mutuel Nord de France

Il appartient à la banque, tant lors de l'ouverture du compte bancaire d'une personne morale que, le cas échéant, en cours de fonctionnement à l'occasion du changement de mandataire, de vérifier la conformité des pouvoirs de ses représentants à la loi et aux statuts de cette personne morale.

Pendant 6 ans, le président d'une mutuelle a détourné des fonds de son établissement, en tirant des chèques sur le compte de la mutuelle pour les encaisser sur son propre compte bancaire. La cour d'appel de Douai a débouté la mutuelle de son action en responsabilité contre la banque pour manquement à l'obligation de vigilance : les juges du fond ont relevé que la banque n'avait pas à avoir son attention attirée sur les transferts de fonds opérés entre les comptes de la mutuelle et ceux du président, qui avaient l'apparence de régularité au regard de la conformité de l'extrait de délibération du conseil d'administration avec le procès-verbal de l'assemblée. Aucune faute n'a ainsi été retenue par la cour d'appel à l'encontre de la banque : il ne pouvait être exclu que les sommes transférées au président correspondaient à des remboursements de frais exposés dans l'intérêt de la mutuelle. Par ailleurs, il n'appartenait pas à la banque de contrôler la nature des dépenses faites par la mutuelle ou encore de s'enquérir du lieu d'exercice de l'activité du président.

L'arrêt d'appel est cassé pour violation de l'article 1147 du Code civil : «... Il appartient à la banque, tant lors de l'ouverture du compte bancaire d'une personne morale que, le cas échéant, en cours de fonctionnement à l'occasion du changement de mandataire, de vérifier la conformité des pouvoirs de ses représentants à la loi et aux statuts de cette personne morale ».

L'obligation imposée en l'espèce à la banque est particulièrement lourde. Lors de l'ouverture du compte, la

banque a eu connaissance des statuts de la mutuelle : il y était indiqué que le président engage les dépenses et signe tous les actes et délibérations cependant que le trésorier effectue les opérations financières et tient la comptabilité. Par la suite, la banque s'est vue remettre une copie conforme d'un extrait du procès-verbal d'une séance du conseil d'administration de la mutuelle aux termes duquel il était donné pouvoir au président de la mutuelle de faire toute opération concernant le fonctionnement du compte ouvert au nom de la mutuelle. Cet extrait, rempli sur un formulaire fourni par la banque, signé par le président et par un administrateur, était un faux qui présentait toutes les apparences de régularité.

La cour d'appel a considéré qu'il n'appartenait pas à la banque de procéder à la vérification de la conformité de l'extrait de procès-verbal avec le procès-verbal de l'assemblée dès lors que le document présenté n'avait aucune apparence douteuse et que la banque n'était pas tenue de vérifier la conformité de cet extrait aux dispositions statutaires ou légales applicables.

Pour la Haute juridiction, peu importait qu'en l'espèce le changement de mandataire porté à la connaissance de la banque reposât sur un faux : en toute hypothèse, par application des dispositions légales, le président de la mutuelle ne pouvait effectuer les paiements pour le compte de la mutuelle. La banque ne pouvait ignorer que par application des dispositions d'ordre public du Code de la mutualité, le président d'une mutuelle exerce ses fonctions à titre gratuit et ne peut engager et liquider des dépenses, seul le trésorier disposant d'un tel pouvoir. Il en résulte que toute disposition statutaire contraire, donnant pouvoir d'engagement et de règlement de dépenses au président de la mutuelle, doit être considérée comme illégale. La théorie de l'apparence ne permettait pas à la banque de se prévaloir d'une croyance légitime, dès lors que le président de la mutuelle ne pouvait légalement être investi des pouvoirs dont il se prévalait.

Le contrôle opéré par la banque devait ainsi jouer en amont, sur les pouvoirs du représentant de la personne morale, à l'occasion notamment d'un changement de mandataire investi du pouvoir d'engager et de régler des dépenses ; il ne saurait en revanche être reproché à la



**QUENTIN
URBAN**
Maître de
conférences
à la faculté
de droit de
Strasbourg



**ISABELLE
RIASSETTO**
Agrégee des
facultés
de droit
Professeuse à
l'Université du
Luxembourg

banque ne pas avoir recherché le bien-fondé des dépenses engagées pour le compte de la mutuelle : le devoir de non-ingérence interdit en effet à la banque de se livrer à une telle appréciation.

Rédigé sous forme de principe, cet attendu qui impose à tout établissement bancaire de vérifier la conformité des pouvoirs des représentants d'une personne morale à la loi et aux statuts de cette personne morale, a une portée générale étendue à toute personne morale : mutuelles, syndicats, associations, sociétés... Ce principe s'impose tant lors de la désignation initiale du représentant de la personne morale que d'un changement ultérieur de mandataire, de même que pour une délégation de signature ou pour une délégation de pouvoir. La rigueur de cette exigence est atténuée par les dispositions légales qui limitent la portée à l'égard des tiers de clauses statutaires restrictives de pouvoirs de dirigeants, ou qui délimitent de façon abstraite les pouvoirs de dirigeants indépendamment de l'objet social ou des dispositions statutaires¹ : la banque est alors en droit de se prévaloir du pouvoir légal du dirigeant, sans être tenue de vérifier les dispositions statutaires.

En cas de violation de cette obligation de vigilance, la banque est tenue de réparer le préjudice causé à la personne morale titulaire du compte. En l'espèce, le montant des détournements commis par le président de la mutuelle était de 200 000 €. Or en l'espèce, la mutuelle disposait en son sein d'une commission de contrôle chargée de vérifier la régularité des opérations comptables. Il ressort de l'instruction pénale que la plupart des écritures comptables n'étaient accompagnées d'aucun justificatif, ce qui démontre que le contrôle interne au sein de la mutuelle n'a manifestement pas fonctionné. Dès lors, un partage de responsabilité devrait être retenu au titre d'une part d'un manquement de la banque à son obligation de vérification des pouvoirs du représentant de la personne morale, et d'autre part d'un manquement de la mutuelle au contrôle interne des opérations réalisées par son président.

M.S.

Société civile – Retrait – Perte de la qualité d'associé – Date – Remboursement des parts sociales

Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15 045 et n° 07-14 965 (P+B+I+R) : BRDA 12/08, inf.2.

L'associé qui se retire d'une société civile ne perd sa qualité d'associé qu'après remboursement de la valeur de ses droits sociaux.

À partir de quand l'associé se retirant d'une société civile perd-il sa qualité d'associé ? La chambre commerciale de la Cour de cassation a répondu à cette interrogation le 17 juin 2008 dans deux arrêts de rejet où elle affirme que

l'associé qui se retire « ne perd sa qualité qu'après remboursement de la valeur de ses droits sociaux » (Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15 045) et, ce qui revient au même, que « la perte de la qualité d'associé ne pouvant, en cas de retrait être antérieure au remboursement de la valeur des droits sociaux » (Cass. com., 17 juin 2008, n° 07-14 965).

Les enjeux pratiques de la solution sont importants car tant qu'il demeure associé, il peut exercer ses droits pécuniaires (dividendes) et politiques : droit de vote, droit à l'information, droit d'accès aux assemblées, mais encore droit d'ester en justice. Il peut notamment agir, comme en l'espèce, en annulation d'une décision sociale pour abus de majorité (Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15 045) ou bien en dissolution de la société (Cass. com., 17 juin 2008, n° 07-14 965). Inversement, il demeure tenu à l'égard des tiers au paiement des dettes sociales nées avant la perte de cette qualité.

La Cour de cassation pose dans ces arrêts une règle uniforme relative à la date de la perte de la qualité de l'associé (1), dont il peut être affirmé qu'elle présente la teneur d'une solution de principe ayant vocation à s'appliquer au-delà du domaine des sociétés civiles (2).

1. Date de la perte de la qualité d'associé

En cas de retrait, la perte de la qualité d'associé pourrait être liée à plusieurs événements. Il pourrait être fait référence à la décision de retrait², mais à ce moment là les parts de l'associé composent encore le capital social³. Il pourrait encore être fait référence à l'accomplissement de formalités de publicité⁴, mais le législateur n'a pas instauré de formalités spécifiques et la transposition de celles relatives à la cession de parts appelle alors certaines adaptations. Il pourrait enfin être fait référence à la date du remboursement de la valeur des droits sociaux. C'est en définitive cette dernière solution qu'a retenue la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les arrêts du 17 juin 2008. Le choix de cette date présente le mérite de faire coïncider la perte de la qualité d'associé avec son expression patrimoniale. La solution s'inscrit d'ailleurs dans le sillage de la règle posée par l'article 1860 du Code civil en vertu duquel « s'il y a déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire, atteignant l'un des associés, [...] il est procédé, dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perd alors la qualité d'associé ». Or, il a été jugé sur le fondement de ce texte que la perte de la qualité d'associé ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux⁵. Il convient d'observer que, dans l'un des espèces, la Cour de cassation n'a pas suivi le pourvoi qui tendait précisément à limiter la solution

2. En ce sens sur le fondement de l'article 1860 du Code civil : F.-X. Lucas, Élimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit » : Bull. Joly 1999, p. 436. V. au sujet d'une retraite judiciaire pour juste motif : CA Paris, 22 sept. 1995 : RJDA 1995, n° 1383 ; Dr. sociétés 1995, n° 236, obs. Th. Bonneau.

3. On observera que l'un des pourvois soutenait que « l'associé retiré, s'il reste titulaire de parts sociales, n'a plus la qualité d'associé » Cass. com., 17 juin 2008, n° 07-14 965.

4. En ce sens, Memento Lefebvre, Sociétés civiles, n° 20410.

5. Cass. 3^e civ., 9 décembre 1998, n° 97-10478 ; D. 2000, somm. 237, obs. J.-C. Hallouin ; JCP E 1999, p. 1395, note J.-P. Garçon ; D. aff. 1999, p. 298, obs. M. B. ; Dr. sociétés 1999, n° 32 note Th. Bonneau ; RJDA 8-9/99, n° 952 ; Bull. Joly 1999, p. 385 ; JCP N 1999, p. 725, note D. Randoux ; Cass. com., 28 juin 2005, n° 03.19716 : RJDA 11/05, n° 1247.

1. Pour les SARL et les SA, cf. : C. com. art. L 228-18 al.5 ; art. L 225-35 al. 2 ; art. L 225-51 al. 3 ; art. L 225-64 al. 2 ; art. L 226-7 al. 2 ; art. L 227-6 al. 2.

aux hypothèses énumérées par l'article 1860.

Bien que les arrêts de 2008 ne le précisent pas, la règle vaut quel que soit le mode de remboursement, par paiement d'un prix de rachat ou en cas d'attribution en nature de biens sociaux en application de l'article 1844-9, alinéa 3, du Code civil.

En pratique, il peut toutefois s'écouler un laps de temps assez long entre la décision et le remboursement si des contestations s'élèvent sur la valeur des droits. En outre, si le prix de rachat doit être payé comptant, le législateur a réservé la convention contraire (C. civ., art. 1869, al. 2), de sorte que les statuts peuvent étaler le remboursement sur plusieurs mois. Autant dire que la perte de la qualité d'associé peut ne pas intervenir très tôt sachant, de plus, que la remise des fonds représentant le montant des droits sociaux entre les mains d'un séquestre ne constitue pas le remboursement de la valeur des droits sociaux auquel est subordonnée la perte de la qualité d'associé⁶.

Enfin, il convient de se demander si les statuts prévoyant le retrait peuvent valablement stipuler la perte de la qualité d'associé à compter non pas du remboursement des parts, mais à une date antérieure, telle celle de la décision de retrait. Les arrêts commentés n'ont pas réservé cette hypothèse de la clause contraire, mais il est vrai que les cas de retrait dont il s'agissait n'étaient pas statutaires. On retiendra que cela a déjà été admis au sujet d'une société en nom collectif⁷, ce qui soulève la question de l'extension du champ d'application de la règle.

2. Extension possible de la règle

Les arrêts du 17 juin 2008 intéressent des sociétés civiles et tous les cas de retrait d'associés les concernant. En dehors de l'hypothèse de l'article 1860 du Code civil, la règle s'applique aux différents cas de retrait de l'article 1869 du même code : retrait par autorisation judiciaire pour juste motif (Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15 045), retrait par le jeu d'une clause statutaire et retrait par décision des autres associés (Cass. com., 17 juin 2008, n° 07-14 965), ainsi qu'au droit de retrait du gérant révoqué (C. civ., art. 1851, al. 3). La solution s'applique au retrait volontaire ainsi qu'à l'exclusion (retrait forcé).

La formulation générale des deux arrêts du 17 juin 2008 ne manquera pas de soulever la question de son extension uniforme à tous les cas de retrait (volontaires ou forcés) existant dans d'autres formes sociales.

En ce qui concerne les retraits en application d'une clause statutaire ou un pacte d'actionnaires valables, rien ne s'oppose à la transposition de la solution des arrêts commentés car la logique est la même quelle que soit la forme sociale. Il demeure que les statuts pourraient anticiper la date de la perte de la qualité d'associé à la date de la décision sociale, notamment en cas d'exclusion.

S'agissant des cas d'exclusion ou de rachat légaux, il est possible de prôner une application uniforme du critère unique de perte de la qualité d'associé à la date du remboursement. En particulier, l'article L. 221-16 du

Code de commerce⁸ relatif à la SNC est rédigé dans le même esprit que l'article 1860 du Code civil et appelle une solution identique. Par ailleurs, dans les nombreux cas de rachat de ses titres par la société, à l'initiative de la société ou d'un associé⁹, se traduisant du point de vue de la société par l'annulation des titres et la réduction de capital social et du point de vue de l'associé par un remboursement de la valeur de leurs droits, cette solution qui ne rencontre aucun obstacle présente le mérite d'être claire. Pour les sociétés par actions, il peut être soutenu que la perte de la qualité interviendra à la date du virement réalisé par la société.

En revanche, en ce qui concerne les sociétés civiles professionnelles et en particulier des notaires, il convient d'observer que l'associé perd à compter de la publication de l'arrêté constatant son retrait les droits attachés à sa qualité d'associé, à l'exception toutefois des rémunérations afférentes à ses apports en capital (pour les SCP de notaires L. n° 66-879 29 nov. 1966, art. 21 ; D. n° 67-868, 2 oct. 1967, art. 31, al. 2)¹⁰.

Aussi, peut-on considérer à la lumière de ces arrêts que, désormais, en cas de retrait d'un associé pour quelle que cause que ce soit, et dans quelle que société que ce soit, ce dernier demeure titulaire de tous ses droits jusqu'au complet remboursement de leur valeur, sauf lorsque la loi ou les parties en ont décidé autrement.

I. R.

Société anonyme – Transformation en société par actions simplifiée – Rapport du commissaire aux comptes (C. com., art. L. 225-244) – Dépôt au greffe du tribunal de commerce (non)

Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-15193 (P+B+R) : BRDA 8/08, inf. 1, p. 2 ; Droit sociétés, juin 2008, comm. n° 130, obs. H. Hovasse ; JCP E 2008, p. 1783, note H. Hovasse ; JCP G 2008, Act. 276 ; Rev. Lamy Droit des affaires, juin 2008, p. 10, obs. D. Verlardocchio ; RJDA 7/08, n° 817.

Seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'article L. 225-244 du Code de commerce doit être établi en cas de transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiées.

En l'absence de toute référence à ce rapport dans l'article R. 213-105 du Code de commerce, son dépôt au greffe du tribunal de commerce n'est pas prescrit.

La transformation d'une société par actions en une autre société par actions nécessite l'établissement d'un seul

8. « Lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité est devenu définitif à l'égard de l'un des associés, la société est dissoute, à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité. Dans le cas de continuation, la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé qui perd cette qualité est déterminée conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du code civil. Toute clause contraire à l'article 1843-4 dudit code est réputée non écrite ».

9. V. I. Riassetto, La société contrepartie, in La sortie de l'investisseur, LexisNexis Litec, coll. Colloques et débats, 2007, p. 3 et la bibliographie.

10. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-17423 : Bull. civ., I, n° 226 ; Defrénois 1997, p. 1288, note H. Hovasse.

6. Cass. com., 28 juin 2005, précité.

7. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17692 : RJDA 7/05, n° 827.

rapport, celui du commissaire aux comptes de l'article L. 225-244 du Code de commerce, lequel rapport n'a pas à être déposé au greffe du tribunal de commerce. Telle est en substance la solution rendue par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 avril 2008 qui contribue ainsi à éclaircir une question controversée intéressant la transformation des sociétés en société par actions¹¹. Ses enjeux pratiques sont importants eu égard au nombre de transformations de sociétés anonyme en sociétés par actions simplifiées, mais surtout en raison des conséquences attachées au refus d'inscription au RCS de la transformation dont le rapport n'a pas été publié¹². À ces enjeux correspond une situation d'insécurité juridique née de la pluralité de textes en la matière dont la rédaction issue de réformes successives n'a fait qu'obscurcir le débat.

Il s'agissait en l'espèce de la transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée. Le greffier du tribunal de commerce avait refusé de procéder à l'inscription au RCS de la transformation, au motif que le rapport du commissaire aux comptes de l'article L. 225-244 du Code de commerce n'avait pas été déposé au greffe dans les huit jours précédant la date de l'assemblée générale statuant sur la transformation de la société. La société a contesté cette décision devant le juge commis à la surveillance du RCS. Pour rejeter la contestation du refus du greffier, l'arrêt d'appel (CA Rennes, 21 mars 2006¹³) retient que « selon la réponse ministérielle du 12 juillet 2005, si l'information relative à la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, visée à l'article L. 224-3 du Code de commerce, est jointe au rapport prévu à l'article L. 225-244 du Code de commerce relatif à la transformation des sociétés anonyme et attestant que les capitaux propres de la société transformée sont au moins égaux au montant du capital de celle-ci, ledit rapport doit également faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de commerce [...] ». Cet arrêt est cassé au visa des articles L. 224-3, L. 225-244 et R. 123-105 au motif que « seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'article L. 225-244 du Code de commerce doit être établi en cas de transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée, et qu'en l'absence de toute référence à ce rapport dans l'article R. 213-105 du Code de commerce, son dépôt au greffe du tribunal de commerce n'est pas prescrit ». Pour la première fois, la Haute juridiction précise en une formulation de principe que la transformation d'une SA en SAS ne requiert l'établissement que du rapport des commissaires aux comptes (I) et ne fait lequel ne fait l'objet d'aucune formalité de publicité (II).

1. Établissement d'un rapport unique des commissaires aux comptes

En cas de transformation d'une société par actions

en une autre société par actions deux textes entrent en concurrence. L'article L. 225-244 du Code de commerce, qui intéresse les conditions de transformation des sociétés anonymes, énonce que « la décision de transformation est prise sur le rapport des commissaires aux comptes de la société. Le rapport atteste que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social ». L'article L. 224-3 du même code relatif aux conditions de transformation en sociétés par actions dispose en son alinéa premier que « lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux. [...] Le commissaire aux comptes de la société peut être nommé commissaire à la transformation. Le rapport est tenu à la disposition des associés ». La rédaction de ce dernier, issue de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière est ambiguë¹⁴. En effet, s'il n'y a pas lieu de désigner un commissaire à la transformation lorsque la société qui se transforme est déjà dotée d'un commissaire aux comptes, on peut s'interroger sur le point de savoir si le commissaire aux comptes de l'article L. 225-244 doit rédiger un seul rapport celui de l'article L. 225-244 ou bien deux rapports en un comprenant les informations exigées par l'article L. 224-3 et par l'article L. 225-244. Cette dernière position, qui était celle de la cour d'appel, a été censurée par la Cour de cassation au motif que : « seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'article L. 225-244 du Code de commerce doit être établi en cas de transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée ». Ainsi, la règle spéciale tenant aux conditions de « sortie » de la forme initiale (L. 225-244) l'emporte sur la règle générale de condition d'« entrée » dans la forme nouvelle (L. 224-3). La solution s'impose d'autant plus qu'elle conduirait à une double évaluation ayant le même objet, puisque le contenu des rapports est en réalité identique. En effet, si le commissaire à la transformation est chargé « d'apprécier, sous sa responsabilité, la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers » pour la mise en œuvre de l'article L. 224-3, l'article R. 224-3 alinéa 2¹⁵ précise qu'à ce titre il « atteste que le montant des capitaux propres est au moins égal à celui du capital social ». Or, en application de l'article L. 225-244, le commissaire aux comptes « atteste que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social ». La solution présente donc le mérite d'être simple et de conduire à exclure l'application de l'article L. 224-3 en cas de transformation d'une SA en SAS. Elle est en outre opportune, car le risque d'absence de vérification des actifs qui a commandé l'introduction de ce texte en droit français n'existe pas dans les sociétés de capitaux¹⁶.

11. Sur la question : V. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Précis Domat, 2^e éd. 2003, 2003, n° 533 ; A. Guengant, À propos des transformations de sociétés en sociétés par actions : l'impossible clarification de l'article L. 224-3 du Code de commerce ?, JCP E 2003, p. 1585 ; F. Paponnaud, Les nouvelles règles applicables aux transformations après la loi de sécurité financières du 1^{er} août 2003, *Dr. société* 2004, chron. 6 ; Mémento Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2008, n° 5845.

12. Le défaut d'inscription de la transformation au RCS la rend inopposable aux tiers.

13. n° RG n° 05/07537 *Juris-Data* n° 2006-303995.

14. Déjà sa version initiale issue de la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981, puis de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, disposant que « en cas de transformation en une des formes de sociétés par action d'une société d'une autre forme, un ou plusieurs commissaires à la transformation » avant été diversement interprétée (v. les auteurs cités supra).

15. Ancien article 56-1 alinéa 2 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967.

16. Ce dernier texte a été introduit en droit français par la loi n° 81-1162 du 30 décembre 1981 qui a transposé l'article 13 de la deuxième directive européenne du 13 décembre 1976 relative au capital des sociétés anonymes (Dir. n° 76/91/CEE, du 13 déc. 1976, JOCE 31 janv 1977, n° 1 L. 26) « Les États membres prennent les mesures

Enfin, si l'arrêt du 8 avril 2008 concerne la transformation d'une SA, il a vocation à s'appliquer à la transformation de toute société par actions en une autre société par actions, car la règle s'applique également aux SAS, ainsi qu'aux sociétés en commandite par actions¹⁷. Simple, la solution est également dépourvue de tout formalisme puisque le rapport ne fait pas l'objet d'une publicité.

2. Absence de publicité du rapport du commissaire aux comptes

L'arrêt du 8 avril 2008 présente un intérêt pratique très important en ce qu'il délimite utilement le domaine des formalités de publicité requises en matière de transformation et, plus spécialement, du dépôt du rapport des commissaires aux comptes au greffe du tribunal de commerce.

L'article R. 123-105 du Code de commerce¹⁸ dispose que le « rapport du commissaire à la transformation, ou selon le cas du commissaire aux comptes, relatif à la transformation d'une société en société par actions » doit faire l'objet de deux formalités huit jours au moins avant la date de l'assemblée appelée à statuer sur la transformation¹⁹. D'une part, il doit être tenu au siège social à la disposition des associés et, d'autre part, deux exemplaires doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce. À défaut, la requête tendant à la transcription de la transformation au RCS doit être rejetée²⁰. Or, à première vue, ce texte peut conduire à imposer le dépôt du rapport exigé soit sur le fondement de l'article L. 224-3, soit sur celui de l'article L. 225-244 si l'on considère que lorsque la société a un commissaire aux comptes, le rapport de celui-ci supplée à celui du commissaire à la transformation. La réponse

ministérielle du 12 juillet 2005²¹ sur laquelle se fondait l'arrêt d'appel précisait cependant que si ce texte n'étendait pas l'obligation de publicité au rapport du commissaire aux comptes de la société, mais elle imposait néanmoins que ce rapport soit déposé au greffe lorsqu'il contenait des informations visées par l'article L. 224-3.

En revanche, s'il est admis qu'en cas de transformation d'une société par actions en une autre société par actions seul le rapport de l'article L. 225-244 est exigé, il est logique de considérer que les formalités de l'article R. 123-105 ne sont pas applicables. Et ce pour deux raisons : d'une part, l'article L. 225-244 n'assortit l'établissement du rapport du commissaire aux comptes d'aucune formalité de publicité, ni ne renvoie à l'article R. 224-3 et, d'autre part, ce dernier texte, comme l'énonce la Cour de cassation, ne fait pas référence au rapport du commissaire aux comptes de l'article L. 225-244. En réalité, il ne vise que le celui du commissaire aux comptes nommé en qualité de commissaire à la transformation.

Cette solution simple, porteuse de sécurité juridique, était attendue. Il reste que l'article L. 224-3 renferme une autre zone d'ombre relative à la situation des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif et des SARL déjà dotées d'un commissaire aux comptes pour lesquelles il n'existe pas l'équivalent de l'article L. 225-244. Échappent-elles à l'évaluation ou bien leur commissaire aux comptes doit-il faire office de commissaire à la transformation ? La présente affaire ayant montré les limites des réponses ministérielles en la matière, une intervention du législateur pour une refonte en profondeur de l'article L. 224-3 serait éminemment souhaitable. ■

I. R.

nécessaires pour qu'au moins des garanties identiques à celles prévues par les articles 2 à 12 soient données en cas de transformation d'une société d'une autre forme en société anonyme ».

17. V. Pour la SAS, C. com., art. L. 227-1, al. 3 ; pour la société en commandite, C. com., art. L. 226-, al. 2.

18. Ancien art. 49 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984.

19. En cas de consultation écrite, le texte du rapport est adressé à chacun des associés et joint au texte des résolutions proposées (C. com., art. R. 224-3) et déposé au greffe du tribunal de commerce (C. com., art. R. 123-105, al. 3).

20. CA Paris, 8 févr. 2002, Bull. inf. Cass. 15 janv. 2003, n° 67.

21. Rép. min. Hamelin, n° 64891, JOAN Q 12 juill. 2005, p. 6933 ; D. 2005, p. 1935.